

ARTYKUŁ

Paweł Czubik*

**CZY MOŻLIWE JEST OGRANICZENIE
ZASTOSOWANIA ART. 12 PPM W ZWIĄZKU
Z FUNKCJAMI LEGALIZACYJNYMI KONSULA RP
W PRZYPADKU DOKONANEJ
ZAGRANICĄ CZYNNOŚCI DOTYCZĄCEJ
NIERUCHOMOŚCI POŁOŻONEJ W POLSCE?**

W polskiej literaturze prawniczej w ostatnich latach wyjątkowo dużo uwagi¹ poświęcono problematyce formy dokonanych zagranicą czynności dotyczących nieruchomości położonych w Polsce, a w szczególności formy sporządzonego za granicą pełnomocnictwa do przeniesienia własności nieruchomości. Problematyka ta, budząca spory i kontrowersje już w okresie międzywojennym²,

* Dr Paweł Czubik – adiunkt w Instytucie Europeistyki UJ.

¹ Liczne opracowania na ten temat oraz zagorzała dyskusja dotycząca zastosowania art. 12 p.p.m. do ustalenia formy wymaganej dla pełnomocnictwa do przeniesienia własności nieruchomości położonej w Polsce miała miejsce głównie na forum miesięcznika Rejent. Patrz kolejno: J. Pazdan, *Forma pełnomocnictwa udzielonego za granicą do dokonania czynności prawnej dotyczącej nieruchomości położonej w Polsce*, Rejent 1999, nr 5, s. 37-49; M. Kornilowicz, *W sprawie formy pełnomocnictwa udzielonego za granicą do dokonania czynności prawnej dotyczącej nieruchomości położonej w Polsce*, Rejent 1999, nr 10, s. 154-158; M. Hulist, T. Kot, *Jeszcze o formie pełnomocnictwa udzielonego za granicą*, Rejent 2001, nr 6, s. 86-113; J. Pazdan *W obronie właściwości legis loci actus do oceny formy pełnomocnictwa*, Rejent 2001, nr 7-8, s. 162-171.

² Choć wówczas w związku z art. 6 ust. 3 ustawy p.p.m. z roku 1926 (ustawa z dnia 2 sierpnia 1926 r. o prawie właściwym dla stosunków prywatnych międzynarodowych (Prawo prywatne

przeszła w ostatnich latach w polskiej nauce prawa swoistą ewolucję. Pozwoliło to uporządkować materię i wskazać na zastosowanie unormowania art. 12 prawa prywatnego międzynarodowego³ jako właściwej regulacji kolizyjnoprawnej rozstrzygającej również o formie czynności dokonanych zagranicą a dotyczących nieruchomości położonych w Polsce, również, gdy w przypadku czynności tego typu dokonanych w Polsce, prawo polskie wymaga zachowania szczególnej formy aktu notarialnego. W praktyce kluczowe znaczenie dla ugruntowania zastosowania art. 12 p.p.m. miało orzeczenie SN z 1998 r.⁴

W polskim prawie prywatnym międzynarodowym brak unormowania szczegółowego, które określałoby prawo, któremu podlega forma czynności prawnej dotyczącej wyłącznie nieruchomości. Stąd też stosować należy również w tym zakresie rozwiązanie ogólne odnoszące się do formy a wynikające z art. 12 p.p.m. Artykuł 12 prawa prywatnego międzynarodowego stanowi iż forma czynności prawnej podlega prawu właściwemu dla tej czynności (*lex causae*), wystarcza jednak zachowanie formy przewidzianej przez prawo państwa, w którym czynność zostaje dokonana (*lex loci actus*). W praktyce oznacza to, iż skutecznie zagranicą można dokonać czynności dotyczących nieruchomości położonych w Polsce, jeżeli czynności te dokonane zostaną w formie właściwej z punktu widzenia prawa polskiego (formie aktu notarialnego) lub w formie właściwej z punktu widzenia państwa, w którym czynności te dokonano. Pierwsza możliwość nie rodziła oczywiście w praktyce jakichkolwiek wątpliwości. Zastosowanie natomiast formy wynikającej z obcego prawa do czynności zobowiązujących i rozporządzających dotyczących nieruchomości położonych w Polsce, jak także pełnomocnictw do tych czynności, mogło budzić zastrzeżenia. Wynikało to z kilku wskazanych poniżej przyczyn:

międzynarodowe) – Dz. U. z 1926 r., nr 101, poz. 581) sytuacja była czytelniejsza (za wyjątkiem pełnomocnictwa do tego typu czynności – prawo właściwe dla jego formy ustalane było zgodnie z art. 5 p.p.m. z 1926).

³ Prawo prywatne międzynarodowe ustawa z dnia 12 listopada 1965 r. (Dz.U. 1965, Nr 46, poz. 290 z późn. zm.)

⁴ *Postanowienie SN z dnia 20 stycznia 1998 r.*, I CKN 345/97, OSN 1998, z. 9, poz. 137, s. 39–43. Dotyczyło ono zagranicznego pełnomocnictwa do przeniesienia własności nieruchomości położonej w Polsce. Jeszcze bardziej wymowne (choć już nie mające tak przymocowanego znaczenia) było postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 2004 r., sygn. akt I CK 39/03, dotyczące już samego ważności czynności dokonanej w państwie obcym (RPA) i w formie wynikającej z obcego prawa, która to czynność bezpośrednio dotyczyła przeniesienia własności nieruchomości położonej w Polsce.

1. Poglądy doktryny w okresie poprzedzającym transformację ustrojową jak także wczesnych lat po transformacji z różnych przyczyn podkreślały wyłączną właściwość *legis rei sitae* dla formy czynności prawnych dotyczących własności nieruchomości położonych w Polsce. Miały wówczas miejsce doktrynalne próby przypisywania znaczenia kolizyjnoprawnego⁵ (wskazującego wyłączną właściwość unormowań prawa polskiego) odpowiednim przepisom kodeksu cywilnego przewidującym szczegółowe wymogi względem formy wspomnianych czynności lub też próby poddania formy tej prawu polskiemu w związku z art. 25 i 30 p.p.m.⁶.

2. Liczne umowy o pomocy prawnej wiążące Polskę⁷ uznają *lex rei sitae* za prawo właściwe do oceny formy wszelkich czynności związanych z nieruchomością⁸. Zasadniczo, nawet gdyby nie zawarto umów z tymi państwami,

⁵ W tym przedstawiania unormowań dotyczących formy czynności przenoszących własność nieruchomości położonych w Polsce jako przepisów wymuszających swą właściwość. Interesującą, najnowszą i całościową analizę tej koncepcji przedstawia M. Mataczynski. Autor ten po szczegółowym przeanalizowaniu i odniesieniu się do poglądów doktryny nie wyklucza zastosowania tej wymagającej ostrożnego stosowania konstrukcji przynajmniej w przypadku sytuacji ewidentnie niedopuszczalnych ze względu na zagrożenie bezpieczeństwa obrotu nieruchomościami położonymi w Polsce. Zob. M. Mataczynski, *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 2005, s. 142-143. Warto zauważyć, że w projekcie ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym przygotowywanym obecnie przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego (niepublikowanym) pojawia się unormowanie umożliwiające wykorzystanie tego typu konstrukcji i to zarówno w przypadku polskich jak i obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie (art. 10 i 11 projektu ustawy o p.p.m. – wersja robocza z września 2004 r.). Por. B. Fuchs, *Przepisy wymuszające swoją właściwość w przyszłej kodyfikacji prawa prywatnego międzynarodowego*, KPP 2000, z. 3, s. 675-677. Zauważyć należy przy tym, że Konwencja EWG (konwencja rzymska) o prawie właściwym dla zobowiązań umownych zgodnie z brzmieniem jej art. 9 ust. 6 nie wyklucza przyznania bezwzględnie obowiązującego charakteru przepisom prawa państwa *rei sitae* dotyczącym formy czynności – charakteru takiego również w znaczeniu kolizyjnym – o ile przepisom tym prawo *rei sitae* nadaje charakter przepisów wymuszających swą właściwość, stosowanym bez względu na miejsce zawarcia umowy i prawo dla niej właściwe. Por. M. Pazdan, *O potrzebie reformy polskiego prawa prywatnego międzynarodowego i niektórych proponowanych rozwiązaniach*, KPP 2000, z. 3, s. 509-510.

⁶ Patrz np. S. Rudnicki, *Prawo obrotu nieruchomościami*, Warszawa 1996, s. 296. Autor ten zajął odmienne stanowisko w wydaniu z roku 1999 po wydaniu wspomnianego orzeczenia SN. Por. również M. Kornilowicz, *W sprawie formy...*, s. 157.

⁷ Są to umowy zawarte głównie z państwami socjalistycznymi w okresie przed rokiem 1989 jak też umowy zawarte z państwami regionu Europy Środkowo-Wschodniej powstałymi po roku 1989.

⁸ Por. M. Hulist, T. Kot, *Jeszcze o formie...*, s. 91-93.

forma wymagana dla czynności dotyczących przeniesienia własności nieruchomości jest z punktu widzenia prawa tych państw taka sama jak forma wymagana przez prawo polskie tzn. forma aktu notarialnego⁹. Rozwiązanie to pojawia się przy tym w umowach zawartych przed 1965 r., a więc zanim nowa ustawa p.p.m. weszła w życie, lecz przede wszystkim zawartych po tej dacie, co mogło sugerować, iż poprzez takie ujęcie traktatowe zamierzano „uzupełnić” rozwiązania art. 12 o ustalenie *lex rei sitae* jako prawa, któremu podlega forma czynności dotyczących nieruchomości¹⁰.

3. Prawo obce, które mogło być zgodnie z art. 12 p.p.m. prawem właściwym w odniesieniu do formy czynności dotyczącej nieruchomości położonej w Polsce, niekiedy zwrotnie odsyła do prawa *rei sitae* czyli prawa polskiego jako właściwego również w tym względzie,¹¹ co mogło mylnie ugruntowywać przekonanie o właściwości wyłącznie *lex rei sitae* jeżeli chodzi o formę czynności dotyczącej nieruchomości¹².

Wszystko to, jak także raczej marginalne znaczenie problemu, wobec znikomości obrotu w tym zakresie przed rokiem 1989, przyczyniło się do przyjęcia w praktyce sądowo-notarialnej, jak także przez część teoretyków, mylnej interpretacji dotyczącej niestosowania art. 12 p.p.m. do formy czynności dotyczących nieruchomości położonych w Polsce.

⁹ Głębszych studiów nad prawem obcym wymagałaby jednakże ustalenie czy pełnomocnictwo do dokonania czynności dotyczących np. przeniesienia własności nieruchomości w konkretnym prawie obcym musi być, podobnie jak w prawie polskim, sporządzone w formie aktu notarialnego.

¹⁰ Tego typu interpretacja jest całkowicie błędna – umowy wiążą zgodnie z prawem traktatów (Konwencja wiedeńska o prawie traktatów – zał. do Dz. U. 1990, nr 74, poz. 439) jedynie ich państwa-strony. Wymogi z nich wynikające stawiane w relacjach z innymi państwami stanowiłyby zasadniczo niedopuszczalne działanie *in onus tertii* (patrz art. 35 prawa traktatów). Ponadto nie wolno zapominać, iż umowa międzynarodowa stanowi efekt kompromisów pomiędzy państwami-stronami, rozwiązanie dotyczące w analizowanym przypadku stosowania prawa *rei sitae* do formy czynności dotyczącej nieruchomości mogło odzwierciedlać stanowisko drugiego państwa-strony umowy. Z kształtu wspomnianych powyżej umów więc nie można wyciągać zbyt daleko idących wniosków co do tendencji rozwoju prawa krajowego i zamierzeń w tym zakresie ustawodawcy *de lege ferenda* dotyczących materii uregulowanej umownie.

¹¹ M. Pazdan, *O nabywaniu nieruchomości położonych w Polsce przez cudzoziemców*, [w:] *Księga pamiątkowa. I Kongres Notariuszy RP*, Poznań-Kluczbork 1993, s. 181.

¹² Ponadto co interesujące niektóre systemy prawne wprost zakazują dokonywania na terytorium danego państwa czynności dotyczących nieruchomości położonych w innym państwie. Takie przepisy obowiązują w kilku stanach USA i zakazują również dokonywania takich czynności dotyczących nieruchomości położonych w innym stanie.

Tym samym w praktyce władze polskie wymagały zachowania formy właściwej dla prawa polskiego w tym zakresie. Pomijano przy tym trudności związane z ustaleniem kiedy forma czynności dokonanej w obcym porządku prawnym to forma właściwa z punktu widzenia prawa polskiego. Postawienie znaku równości w pewnych przypadkach mogło budzić wątpliwości. Uznanie, że dokonanie czynności w obcej formie aktu notarialnego oznacza dostosowanie się do polskiej formy, stanowi w pewnym stopniu naciągnięcie prawa¹³. Aktem notarialnym w rozumieniu prawa polskiego jest jednakże wyłącznie dokument taki sporządzony w Polsce czyli przez polskiego notariusza¹⁴, lub poza terytorium Polski – lecz wówczas jedynie przez konsula polskiego w ramach wykonywania przezeń funkcji notarialnych i dodatkowo w przypadku jego specjalnego upoważnienia¹⁵. Obcy akt notarialny uznać można natomiast za dokument co najwyżej równoważny polskiemu aktowi notarialnemu. W praktyce i doktrynie uznaje się jednak, iż czynność zobowiązująca lub rozporządzająca do przeniesienia własności nieruchomości, jak również ustawiająca pełnomocnictwo w tym zakresie, dokonana w formie aktu notarialnego sporządzonego przez obcego notariusza wykonującego swoje funkcje w państwie grupy notariatu łacińskiego, spełnia wymogi formy aktu notarialnego z punktu widzenia prawa polskiego¹⁶.

Niezależnie od tego, czy wspomniana czynność dotycząca nieruchomości położonej w Polsce sporządzona została w formie właściwej z punktu widzenia *lex causae* czy *lex loci actus*, by dokument urzędowy poświadczający dokonanie tej czynności mógł być użyty w Polsce, powinien zostać zalegalizowany przez konsula polskiego. Zgodnie z art. 1138 k.p.c. legalizacja musi

¹³ Nie jest to „naciągnięcie prawa” w stopniu podobnym jak próby stworzenia czegoś na wzór aktu notarialnego w państwach systemu prawnego *common law* (Por. M. Hulist, T. Kot, *Jeszcze o formie...*, s. 111). Jest to jednak podobnie „ratowanie obrotu”, choć oczywiście podobieństwa pomiędzy formą aktu notarialnego stosowaną w państwach Unii Notariatu Łacińskiego są ogromne.

¹⁴ E. Drozd, *Czynności notarialne z elementem zagranicznym w obrocie nieruchomościami* (w:) *II Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej. Referaty i opracowania*, Poznań-Kluczbork 1999, s. 19. Analogicznie: M. Hulist, T. Kot, *Jeszcze o formie...*, s. 108.

¹⁵ Patrz: *Ustawa z dnia 13 lutego 1984 r. o funkcjach konsułów Rzeczypospolitej Polskiej* (tekst jednolity: Dz. U., 2002, Nr 215, poz.1823) art. 19 ust. 4. W praktyce sporządzanie aktów notarialnych przez konsula RP ma miejsce wyjątkowo rzadko.

¹⁶ Por. J. Pazdan, *Pełnomocnictwo w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 2003, s. 138-139.

być zastosowana m.in. jeżeli dokument dotyczy nieruchomości położonej w Polsce. Artykuł ten nie ma zastosowania jedynie wówczas gdy wymóg legalizacji zniesiony został przez umowę międzynarodową wiążącą Polskę. Zasadniczo wymóg ten zniesiono tymi samymi umowami dwustronnymi o pomocy prawnej, które wskazują na prawo *rei sitae* nieruchomości dla oceny formy czynności prawnej. W przypadku dokumentów dotyczących nieruchomości, a sporządzonych w innych państwach, bezwzględnie wymagane jest dopełnienie wymogu legalizacji dokumentu zagranicznego.

Ustawa o funkcjach konsułów RP, jedyny akt prawny tej rangi odnoszący się do czynności konsularnych wyjątkowo skrótowo odnosi się do problematyki konsularnej legalizacji dokumentów¹⁷. Problematyka ta natomiast jeszcze do końca lat 90-tych szczegółowo regulowana była w przepisach wewnątrzresortowych MSZ wydanych na podstawie zarządzenia Ministra Spraw Zagranicznych – tzw. instrukcjach konsularnych¹⁸.

Z punktu widzenia dotychczasowej jak też obecnie stosowanej polskiej praktyki konsularnej legalizacja dokumentów dotyczących nieruchomości położonych w Polsce polega na poświadczeniu zgodności z prawem miejsca wystawienia oraz autentyczności podpisu i pieczęci urzędowej. Wyrażna wzmianka o poświadczeniu tych okoliczności pojawia się w treści stosownej klauzuli legalizacyjnej. Wydaje się, że chodzi o poświadczenie wyłącznie zgodności formalnej dokumentu (czynności której treść dokument wyraża) z prawem miejsca wystawienia. Nawet jednak to wydaje się częściowo problematyczne, zdaniem części doktryny konsul RP urzędujący w państwie przyjmującym ogranicza się jedynie do badania samego dokumentu (jego autentyczności), w którym wyrażono treść czynności, a nie zgodności formy

¹⁷ Jest to o tyle niezrozumiałe, że funkcje te od początku funkcjonowania polskiej służby konsularnej cieszyły się ogromną estymą, stanowiąc niebagatelne źródło dochodów budżetowych państwa polskiego. Wspomnieć można, że jeden z pierwszych komunikatów wydanych jeszcze w drugiej połowie listopada 1918 r. przez MSZ niepodległej II Rzeczypospolitej podawał do publicznej wiadomości nazwiska urzędników konsularnych upoważnionych do dokonywania w kilku wybranych miejscowościach zagranicą czynności legalizacyjnych. Zob. A. Wasilewski, *Polska Służba Konsularna 1918-1939 (akty prawne, organizacja, działalność)*, Toruń 2004, s. 70.

¹⁸ Tj. *Instrukcji nr 1 Dyrektora Departamentu Konsularnego i Wychodźstwa z dnia 10 stycznia 1994 r. o funkcjach konsula Rzeczypospolitej Polskiej w państwie przyjmującym w dużym stopniu powielającej rozwiązania w tym zakresie poprzedzającej ją Instrukcji Dyrektora Departamentu Konsularnego nr 1 z dnia 16 lutego 1982 r. o czynnościach urzędów i urzędników konsularnych PRL w sprawach prawnych.*

tej czynności z prawem danego państwa przyjmującego¹⁹. Zauważyć należy ponadto, iż poświadczana przez konsula okoliczność odnosząca się do zgodności z prawem miejsca wystawienia nie ma swojego odpowiednika w definicjach legalizacji przyjętych w konwencjach wielostronnych dotyczących wymogu legalizacji²⁰, co może w praktyce powodować trudności związane ze stosowaniem tych konwencji w przyszłości w prawie polskim.

Najbardziej jednak kontrowersyjnym rozwiązaniem²¹, które wynikało z przepisów wspomnianych nieobowiązujących już instrukcji konsularnych było obarczenie konsula obowiązkiem ustalania czy dokumenty zagraniczne wyrażające treść czynności dotyczącej nieruchomości położonej w Polsce (a dokładniej umowy zobowiązujące do przeniesienia własności tej nieruchomości, umowy przenoszące własność nieruchomości oraz pełnomocnictwa do przeniesienia własności nieruchomości) są sporządzone w formie aktu notarialnego. Paragraf 155 pkt. 2 Instrukcji z dnia 10 stycznia 1994 w zd. 3 wyraźnie stanowił: „(...) *konsul może zalegalizować umowę przenoszącą własność nieruchomości i pełnomocnictwo do przeniesienia własności nieruchomości, jeżeli sporządzone zostały w formie aktu notarialnego*”. W przeciwnym razie konsul powinien odmówić dokonania czynności legalizacyjnej. Choć więc teoretycznie art. 12 p.p.m. dopuszczał zastosowanie formy czynności jaka wynikała z *lex loci actus*, działania konsularne dokonywane zgodnie z powołanymi przepisami wewnątrzresortowymi miały sytuacjom takim zapobiec. Możliwość uznania czynności dokonanej w formie obcej wynikająca z ustawy p.p.m. była więc w praktyce ograniczana przepisami wewnątrzresortowymi MSZ.

Wydaje się, że MSZ zdawało sobie sprawę, iż przyjęta regulacja sprzeczna jest z obowiązującą ustawą p.p.m. Faktyczne, wynikające z przepisów wewnątrzresortowych MSZ, zwracanie uwagi przez konsula, przy okazji dokonywania

¹⁹ Por. E. Drozd, *Czynności...*, s. 29.

²⁰ Np. Konwencji haskiej o zniesieniu wymogu legalizacji zagranicznych dokumentów publicznych (United Nations Treaty Series – vol. 527, nr 7625, s. 189-203) do uczestnictwa w której Polska aspiruje, konwencji o zniesieniu legalizacji dokumentów otwartej do ratyfikacji przez państwa Wspólnot Europejskich, lecz także Europejskiej Konwencji o zniesieniu wymogu legalizacji dokumentów sporządzonych przez przedstawicieli dyplomatycznych lub urzędników konsularnych, (Dz.U. z 1995 r., Nr 76, poz. 381), której Polska jest stroną.

²¹ W historii regulacji resortowych dotyczących czynności legalizacyjnych konsula pojawiały się również takie, które nakładały na konsula obowiązek weryfikacji treści materialnej legalizowanego dokumentu z prawem polskim. W odróżnieniu jednak od omawianej regulacji art. 155 instrukcji konsularnej z 1994 r. nie przetrwały one transformacji ustrojowej.

legalizacji dokumentu, na formę aktu notarialnego w przypadku czynności dotyczących przeniesienia własności nieruchomości położonych w Polsce nie oznaczało oficjalnego poświadczania zgodności formalnej legalizowanego dokumentu zagranicznego z prawem polskim. Tego typu wzmianka nie pojawiała się nigdy na polskich klauzulach legalizacyjnych, które od początku funkcjonowania polskiej służby konsularnej po I wojnie światowej mają w zasadzie tę samą lub podlegającą jedynie niewielkim zmianom stylistycznym treść.

W praktyce konsularnej jednakże, choć konsulowie powinni byli stosować się do wymogów nakładanych na nich przez instrukcje MSZ RP, dla umożliwienia obrotu prawnego stosowane były rozwiązania starające się połączyć „ogień z wodą”. Mimo bowiem wymogu dostosowania się do rzekomo wymaganej przez prawo polskie formy aktu notarialnego (pod rygorem odmowy dokonania czynności legalizacyjnej), a z drugiej strony niemożności sporządzenia w tej formie dokumentu w danym państwie przyjmującym, przyjęto rozwiązania w praktyce umożliwiające zalegalizowanie przez konsula RP dokumentu zagranicznego wyrażającego treść czynności dokonanej w formie właściwej z punktu widzenia wyłącznie *lex loci actus*, a tym samym jego użycie w Polsce. Przyjęte w praktyce nieoficjalne rozwiązanie dotyczyło państw systemu *common law*, gdzie instytucja notariusza w rozumieniu prawa stanowionego, jak także forma równoważna formie polskiego aktu notarialnego, były nieznane. Strona dokonująca czynności w państwie takim nie mogła zachować formy aktu notarialnego wymaganej przez konsula dla legalizacji dokumentu. Rozwiązanie to²² polegało na sporządzaniu dokumentu przez zawodowego wykwalifikowanego prawnika miejscowego i jego poświadczaniu przez notariusza publicznego (*notary public*) a w razie konieczności, dla wzmocnienia bezpieczeństwa obrotu, stosowanie dodatkowych poświadczeń urzędowych (dokonywanych przez władze państwa obcego) poprzedzających legalizację konsularną. Zauważyć należy, iż wręcz identyczne rozwiązanie²³ stosowane jest w praktyce francuskiej i co więcej uzyskało po części oficjalną aprobatę francuskich władz ministerialnych²⁴.

²² Opisane również w: P. Czubik, *Legalizacja krajowa dokumentów*, Kraków 1998, s. 36.

²³ Z różnicami wynikającymi z faktu, iż Francja jest już stroną Konwencji haskiej o zniesieniu wymogu legalizacji zagranicznych dokumentów publicznych.

²⁴ Patrz J. Pazdan, *Pełnomocnictwo...*, s. 114-115.

Obecnie w praktyce polskiej służby zagranicznej nie stosuje się już wiążących konsułów instrukcji konsularnych. Konsulowie RP otrzymują jedynie niewiążące wytyczne nie odnoszące się do zagadnienia formy czynności prawnej dotyczącej nieruchomości położonej w Polsce w sposób odmienny od tego co stanowi art. 12 p.p.m. Zmiana polityki MSZ w tym zakresie spowodowana została nałożeniem się dwóch przyczyn: wydania wspomnianego przełomowego orzeczenia SN z 1998 podkreślającego właściwość art. 12 p.p.m. oraz wejścia w życie Konstytucji RP. Należy bowiem podkreślić, iż zarządzenia, a tym bardziej wydane na ich podstawie wewnątrzresortowe przepisy prawne jakimi są instrukcje konsularne, nie mogą zgodnie z unormowaniami Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r. (art. 93) stanowić podstawy decyzji wobec obywateli, osób prawnych i innych podmiotów. Innymi słowy instrukcje konsularne nie są dla obywatela polskiego źródłami prawa w Rzeczypospolitej Polskiej. Odmowa dokonania czynności legalizacyjnej na podstawie zarządzenia Ministra Spraw Zagranicznych czy przepisu wewnątrzresortowego sprzecznego z obowiązującym prawem (art. 12 p.p.m.) stała się więc w obecnym stanie prawnym niedopuszczalna. Tym samym do historii przeszło omawiane ograniczenie zastosowania art. 12 p.p.m. Wprowadzenie tą drogą w przyszłości podobnych ograniczeń sprzecznych z regulacjami ustawowymi w związku z unormowaniami Konstytucji RP jest niemożliwe.

Omawiane ograniczenie, wynikające z kształtu przepisów resortowych MSZ, utraciło w praktyce, jak wspomniano, swoje znaczenie dużo wcześniej, zanim utraciły moc obowiązującą wspomniane polskie przepisy ministerialne. Konsekwencją jego stosowania mogło stać się ograniczenie użycia dokumentów zagranicznych i tym samym hamowanie obrotu międzynarodowego. W praktyce, w latach obowiązywania wspomnianych instrukcji konsularnych tak się nie stało, wypracowane zostały bowiem rozwiązania pozwalające zastosować dokument zagraniczny sporządzony w państwie, w którym nie można było dochować formy aktu notarialnego. Rozwiązania wewnątrzresortowe nie można jednoznacznie oceniać negatywnie. Oczywiście negatywnie powinna być postrzegana powstała sprzeczność unormowań p.p.m. i regulacji odpowiedzialnych za praktykę konsularną. Z drugiej zaś strony narzucenie stronom przez konsula odpowiednich wymagań dotyczących formy czynności prawnej dawało konsulowi urzędującemu w państwie systemu prawa stanowionego względną pewność, iż dokument został sporządzony, a czynność dokonana, *lege artis*. Zasadniczo w takim przypadku udział

notariusza w dokonaniu czynności w praktyce zdejmował z konsula obowiązek ustalania zgodności sporządzenia dokumentu z prawem miejsca wystawienia. Konsul nie musiał więc ustalać czy forma czynności jest formą właściwą z punktu widzenia *legis loci actus*, dopuszczalność formy aktu notarialnego z punktu widzenia prawa *loci actus* gwarantował udział notariusza zagranicznego (który dokonywał czynności notarialne jedynie zgodnie z prawem swojego państwa), ponadto każdorazowo była to forma właściwa z punktu widzenia *legis causae* (czego co prawda konsul nie poświadczał w klauzuli legalizacyjnej, ale zgodnie z przepisami resortowymi na straży zgodności formy z prawem polskim został postawiony).

Choć więc nieobowiązujący już wymóg stawiany przez polski MSZ nie został wprowadzony przepisami ustawowymi prawa polskiego (formalnie wskazującymi od czasu wejścia w życie ustawy p.p.m. z 1965 r. możliwość zastosowania zarówno *lex causae* jak i *lex loci actus* jeśli chodzi o formę czynności prawnej dotyczącej nieruchomości), miał znaczący wymiar praktyczny, jeżeli chodzi o zapewnienie pewności obrotu. Konsul stawiał konkretne wymagania odnośnie formy czynności i dopiero po ich spełnieniu dokonywał legalizacji dokumentu. Warto zauważyć, że uznanie możliwości dokonania czynności dotyczącej nieruchomości położonej w Polsce w formie wymaganej przez obce prawo przy dodatkowym zniesieniu wymogu legalizacji dokumentu wyrażającego treść czynności, może poważnie osłabić pewność obrotu. Choć Polska w chwili obecnej związana jest umowami tego typu z państwami, których prawo przewiduje podobne rozwiązania prawne i obowiązek dokonywania czynności dotyczących nieruchomości w formie aktu notarialnego, sytuacja taka nie jest jedynie hipotetyczna. Polska 14 sierpnia 2005 r. stanie się bowiem stroną Konwencji haskiej o zniesieniu wymogu legalizacji zagranicznych dokumentów publicznych. Wraz z przystąpieniem Polski do Konwencji zniesiony zostanie wymóg legalizacji konsularnej w relacjach Polski z ponad 70 nowymi państwami²⁵ a na jego miejsce wprowadzony zostanie wymóg specyficznego poświadczenia (klauzula apostille) dokonywanego w państwie, w którym sporządzono dokument. Problemатyczne

²⁵ Liczba państw-stron Konwencji haskiej to obecnie 87 państw. W przypadku jednak państw związanych z Polską umowami znoszącymi wymóg legalizacji a będących już stronami Konwencji haskiej jej wejście w życie względem Polski nie zmieni w zasadzie nic. Zgodnie z jej art. 3 i 8 umowy dwustronne jako bardziej liberalne jeżeli chodzi o wymogi odnoszące się do uwierzytelniania dokumentów zagranicznych będą miały pierwszeństwo zastosowania przed Konwencją haską.

jest czy rzeczywiście stosowanie mechanizmów Konwencji gwarantuje pewność obrotu porównywalną z legalizacją. Z pewnością natomiast konsul nie będzie mógł pod rygorem odmowy legalizacji w jakikolwiek sposób wpływać na strony jeżeli chodzi o zachowanie konkretnej formy czynności prawnej czy też sposób sporządzenia dokumentu.

W chwili obecnej, w związku z jednoznacznie przyjętą interpretacją artykułu 12 p.p.m. określającą jego pełne zastosowanie do formy czynności dotyczących nieruchomości położonych w Polsce, na urzędnikach konsularnych spoczywa przede wszystkim obowiązek ustalania przy okazji legalizacji dokumentu zagranicznego jego zgodności z prawem miejsca wystawienia. Problematyczne jest, czy w rzeczywistości konsul bada zgodność z prawem miejscowym formy czynności prawnej, której treść wyrażono w dokumencie²⁶. Inna sprawa, że w praktyce już w niedługim czasie, po wejściu w życie względem Polski Konwencji haskiej, zakres funkcji legalizacyjnych konsułów RP zostanie diametralnie zredukowany²⁷, a obowiązek ustalania zgodności formy czynności prawnej z prawem *loci actus* spoczywać będzie wyłącznie na organach krajowych, które mogą mieć z tym znaczące trudności.

Krajowy wymóg legalizacji czy też wymóg certyfikacji wspomnianą klauzulą apostille (który obowiązywał będzie po wejściu w życie Konwencji haskiej) dokumentu dotyczącego przeniesienia własności nieruchomości sprawia, że istnieje i tak pewien wpływ na kształt dokumentu zagranicznego, w którym wyrażono treść czynności zagranicznej dotyczącej nieruchomości położonej w Polsce. Musi mieć na tyle charakter publiczny (urzędowy²⁸), by mógł być uznany przez konsula lub organ państwa dokonujący

²⁶ Brak jest ustawowej definicji legalizacji konsularnej w prawie polskim. Z stosowanych w latach 90-tych regulacji MSZ wynikało iż legalizacja polega na stwierdzeniu, że dokument jest autentyczny i został sporządzony zgodnie z prawem miejsca jego wystawienia, we właściwej formie i przez organ do tego upoważniony.

²⁷ I będzie dotyczył jedynie dokumentów pochodzących z państw które nie przystąpiły do Konwencji haskiej ani nie mają z Polską umowy dwustronnej znoszącej wymóg legalizacji dokumentów. Problematyka stosowania Konwencji w kontekście spodziewanej akcesji Polski patrz: P. Czubik, *Konwencja haska o zniesieniu wymogu legalizacji zagranicznych dokumentów publicznych*, Bydgoszcz 2003.

²⁸ Konwencja haska posługuje się pojęciem dokumentu publicznego, umowy o pomocy prawnej czy też konwencji konsularne stosują raczej określenie dokument urzędowy. Pomiedzy tymi pojęciami nie można postawić znaku równości. Patrz bliżej: Y. Loussouarn, *Explanatory Report on the Hague Convention of 5 October 1961 Abolishing the Requirement*

certyfikacji klauzulą apostille za dokument publiczny²⁹. Powinien być więc sporządzony lub przynajmniej poświadczony przez organ administracji lub osobę publiczną. Oczywiście dokument prywatny dotyczący przeniesienia własności nieruchomości (a więc niezalegalizowany) będzie ważny, jeśli ważny jest z punktu widzenia prawa miejsca wystawienia. Strony jednak w praktyce stosują poświadczenie urzędowe dokumentu prywatnego i następnie legalizację jako zdecydowanie zwiększające pewność obrotu i pozwalające na ustalenie przez organ krajowy zgodności formy czynności, której treść wyrażono w poświadczonym urzędowo dokumencie prywatnym, z prawem państwa, w którym czynność tę dokonano. Obecnie jedynie więc w tym zakresie w praktyce możliwa jest konsularna „ingerencja” ze względu na czynność legalizacyjną w kształt dokumentu zagranicznego i formę czynności prawnej której treść wyraża dokument. Nie jest to jednak ograniczenie swobody zastosowania przez strony formy właściwej ze względu na *lex loci actus*. Strony mogą użyć w Polsce dokument prywatny, a czynność w nim wyrażona powinna być uznana za ważną, w praktyce ze względu na pewność obrotu skuteczne zastosowanie takiego dokumentu (np. znalezienie kontrahenta przez pełnomocnika upoważnionego zagranicą w zgodnej z prawem obcym zwykłej formie pisemnej do sprzedaży nieruchomości położonej w Polsce) może okazać się bardzo mało prawdopodobne. W kontekście trwających prac kodyfikacyjnych nad nową ustawą o prawie prywatnym międzynarodowym należałoby zastanowić się nad zmianą unormowania dotyczącego formy czynności prawnych. Być może należałoby postulować ustanowienie właściwości *legis rei sitae* jeżeli chodzi o formę czynności dotyczących nieruchomości, a na pewno warto zastanowić się nad powrotem do rozwiązań zbliżonych do rozwiązań art. 5 ustawy z 1926 r., która uzależniała uznanie zagranicznej formy czynności prawnej za ważną wówczas, gdy zagraniczne miejsce dokonania tej czynności nie budziło wątpliwości. Stworzenie analogicznych wymogów, wskazujących na potrzebę urzędowego uwiarygodnienia dokonania

of Legalisation for Foreign Public Documents, s. 2. Nie jest to jednak szczególnie istotne z punktu widzenia rozpatrywanych zagadnień.

²⁹ Konsul legalizuje bowiem zgodnie z art. 21 *Ustawy o funkcjach konsulów* wyłącznie dokumenty urzędowe lub urzędowo poświadczone – jeżeli dokument dotyczący przeniesienia własności nieruchomości nie ma takiego charakteru nie może być zalegalizowany zgodnie z art. 1138 kpc, co wcale nie znaczy, że nie może być użyty w Polsce.

czynności zagranicą dla jej formalnej ważności, jest szczególnie ważne wobec stopniowego zanikania wymogu legalizacji dokumentów w międzynarodowym obrocie prawnym³⁰.

³⁰ Zob. P. Czubik, *Kilka spostrzeżeń na temat związków formy czynności prawnej i legalizacji dokumentu (wobec prób wprowadzania do obrotu krajowego dokumentów prywatnych sporządzonych zagranicą dotyczących przeniesienia własności nieruchomości położonej w Polsce)*, RPr 2004, nr 4 s. 70-77.